

ADVOCATA NOSTRA.

ALEGACION TERCERA
POR
DON DIEGO DOMONTE Y ERASO,

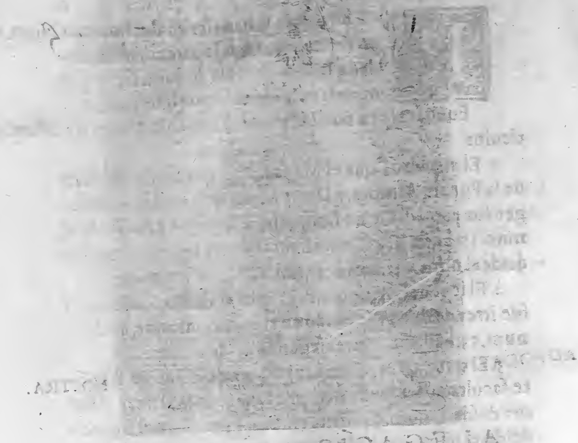
SVCESSOR, Y POSSEEDOR

Del Vinculo, y Mayorazgo que fundaron Iuan de la Fuente Almonte, Cavallero de la Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad en la Contaduria mayor de Hazienda; y Doña Maria de Verastigui su muger.

EN EL PLEITO

CON

LA CASA DE LA MISERICORDIA DESTA CIVDAD,



POR esta parte se han escrito dos informes en Derecho, en que le pareciò tenia fundada bastantemente su justicia, y por nuevas consideraciones escrive este. Num. 1.

Fundamos en nuestro primero informe quatro Articulos. Num. 2.

1. El primero, que el Mayorazgo que fundaron Iuan de la Fuente Almõte, y Doña Maria de Verastigui su muger, fue perpetuo, y no limitado; y se provô esto desde el num. 19. hasta el 42. inclusivè. Y en el segundo informe desde el num. 143. hasta el num. 148.

2. El segundo Articulo fue, que el dicho Mayorazgo fue irrevocable, y se fundò en el primer informe desde el num. 53. hasta 56. Y en el segundo desde el num. 149.

3. El tercero fue, que no tuvo Iuan de la Fuente Almõte facultad para revocarle, y se fundò en el primer informe desde el num. 57. hasta el num. 157. Y en el segundo desde el num. 150. hasta el num. 179.

4. El quarto, que devieron llamar los Fundadores, para la sucessìon deste Mayorazgo, a sus deudos, y no pudieron llamar estraños, y se provô en el primer informe desde el num. 158. hasta num. 189. Y en el segundo desde el n. 180. hasta el num. 200.

En este informe, aunque Nos parece que està bastantemente fundada en los precedentes la justicia de Don Diego Domonte y Eraso (si el afecto no nos tiene alucinados) se vsarà de otros medios, y se provarà, que aunque la reserva que pretende la otra parte la tuviera Iuan de la Fuente Almonte, para alterar el Mayorazgo (que no la tuvo) no pudo alterarlo, ni Doña Maria de Verastigui su muger pudo darle tal facultad, y para esto se fundaràn brevemente siete fundamentos. Num. 3.

1. Que no tuvo reserva Iuan de la Fuente Almonte, ni facultad para alterar el Mayorazgo, infra à n. 4. vsque

2. Que no pudo Doña Maria Verastigui dar poder, ni facul-

cultad a su marido para revocar el Mayorazgo, à num. 22.

3. Que ella misma no pudiera, aunque quisiera revocarlo, vt infra à num. 44. vsque 68.

4. Que por ser Mayorazgo hecho en contrato, y aceptado, no se pudo revocar.

5. Que no se concediera la facultad Real para fundar Mayorazgo, si no fuera con calidad de llamar parientes, à n. 69. vsque 76.

6. Que en la facultad Real estàn llamados los parientes, y no pudiera excluirlos, à num. 77.

7. Se dize contra la provança contraria, y se muestra que los testigos deponen contra la verdad, à num. 85.

Que no tuvo reserva Iuan de la Fuente Almonte, ni facultad para alterar el Mayorrzgo.

Num. 4. ANtes se avia fundado que tenia facultad, aora que no tuvo reserva: Dixo Iuan de la Fuente Almonte en su testamento, que quando hizo el Mayorazgo reservò facultad para poderlo revocar qualquiera de los dos Fundadores, y para llamar sucessores; *revocando, alterando, y quitando, y añadiendo bienes, y ordenando nuevamente lo que nos pareciere; assi ambos juntos, como qualquiera de los dos, de cuya Clausula, y facultad me valgo, &c.* mem. n. 92. Funda vn Patronato revocãdo el Mayorazgo.

Num. 5. Esto es lo que no pudo hazer, y se prueva con vn dilema infalible, porque, ò este Mayorazgo se considera fundado en virtud de leyes del Reino, ò en virtud de facultad Real.

Num. 6. Si està fundado en virtud de leyes del Reino (que es lo mas cierto) porque assi lo presume el derecho, antes que *ex facultate Regia.* Segun enseña el señor Molina *lib. 2. cap. 2. num. 13. & lib. 4. cap. 11. num. 70.* & longa manu Mieres *de maioratibus primera parte, q. 38. num. 14.* El señor Castillo *tom. 6. cap. 145. num. 32. & seqq.* Porque el de-

re-

recho presume, que el que contrata, ò testa se conforme con el derecho, vt fuisè Amatus *var. resol. 39. num. 22.*

Y porque assi fue la voluntad de los Fundadores, pues teniendo facultad Real, y legal, quando llegan a disponer dizen, que *vsan de la facultad, en quanto fuere necessario para mayor firmeza, y no en mas; y assimismo vsando de lo que por leyes, y precmaticas destos Reinos se nos concede, otorgamos, &c.* Num. 7.

Y en tal caso es visto excluir los Fundadores la facultad, y vsar de la ley del Reino; y segun ella han de ser los llamamientos, vt Molina, Mieres, & Castillo supra, y vsan de la facultad (*de que tan solamente quisieron vsar para mayor firmeza*) para la cantidad del vinculo, y para que pudiesse valer en la legitima, y en todo aquello que iure communi no valiera. Num. 8.

Y porque es regla cierta, que el que tiene privilegio especial, y vsa del derecho comun, *Censetur renuntiare privilegium sibi competens, l. fin. C. de pactis, l. 2. C. de iure dotium*, observat Serafinus de Serafinis *de privilegijs, privilegio 18. num. 17. &* 18. vbi ait: *Quod electo vno dicitur alteri, & expresse renuntiare*, quem sequitur Mieres *de maioratibus, prim. p. quæst. 38. nu. 39.* sequitur etiam aperto Matte Velazquez de Avendaño, *in l. 44. Tauri, glos. 19. nu. 2.* Y el señor Molina *de primog. lib. 4. cap. 2. num. 79.* & alter Molina Theologus, *tom. 3. disput. 587. num. 2.* Num. 9.

Y no es necessario que la renunciacion de la facultad sea expressa con todas las clausulas que dize el señor Molina, porque basta que sea inducida, tacita, y colegida, como se induce, y colige, y se tiene por expressada, cō sola la clausule *de averlo por firme*, como enseñan los Adicionadores del señor Molina, *dict. lib. 4 cap. 2. num. 79. ver. bis super addendum.* Num. 10.

Si està fundado conforme a las leyes del Reino, no pudieron los Fundadores omitir, ni extraviar los llamamientos de las leyes fundamentales del Reino, que disponē, que Num. 11.

quando se haze mayorazgo en que entra tercio, y quinto, han de llamar precisamente a los descendientes, y despues a los colaterales, *l. 27. de Toro*, con lo demas que diximos en el primer informe à num. 167.

Num. 12. Sin que a esto se oponga la admiracion contraria, que dize, que en vn hijo vnico no ay mejora de tercio y quinto, porque deviera advertir tres cosas.

Num. 13. La primera, que en buena Iurisprudencia tambiẽ puede caer mejora de tercio y quinto, quando el padre tiene vn hijo vnico, de la suerte que quando tiene muchos, como enseña el señor Obispo D. Francisco Sarmiento *lib. 8. selectarum, in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, nu. 12. ff. de leg. 2. fol. mihi* 175. y defiende Parladorio *lib. 1. rerũ quotid. cap. 7. per totum*, quem sequitur Doctor Espino *de testament. glos* 18. *n.* 15. *& seqq.* y de los Autores que sintieron lo contrario se admira Parladorio, vbi supra in margine.

Num. 14. La segunda, que no tiene duda, que en el hijo vnico ay mejora de tercio y quinto, y gravamen, quando èl lo consiente, como enseña el mejor practico d esta materia R. Xuarez *in l. quoniã in prioribus, ampl.* 10. *n.* 48. latissimè el señor D. Iuan del Castillo *cap.* 107. *à n.* 47. *cum seqq.* optimè D Hermenegildo de Roxas Advocatus Granatensis, *de incompatibilitate maiorat. p.* 1. *cap.* 13. *n.* 15. aunque el consentimiento sea tacito, si aliquid additur tertio ex quinto, ipse Roxas *dict. cap.* 15. *n.* 26. *&* 28.

Num. 15. Cancer *lib. 3. cap. 2. num.* 203. y aunque no le diera nada, pues basta la esperança de suceder en el mayorazgo, para dar equivalente premio a la renunciacion, o consentimiẽto del gravamen. vt ex Covarr. docet D. Molina *de primogen. lib. 2. cap. 3. n.* 35. imò, que por el consentimiento se haze irrevocable el mayorazgo, D. Larrea *decis. Granat.* 57. *n.* 3. y lo que es mas, que no se puede revocar etiam consentiente filio, por el perjuizio que causa a los demas sucessores, vt docet D. Molin. *lib. 2. cap. 3. n. 7. vers. Tertius casus*, quem sequitur Larrea vbi proximè.

La

La tercera, que la mejora de tercio cabe en el hijo vnico, aviendo facultad Real, D. Hermenegildo de Roxas *de incompatibilitate maiorat.p.1.cap.13.n.21.* Y en el caso deste pleito convinieron todos tres, porque iure ordinario se puede hazer la mejora, maximè si al tercio se le dà alguna parte del quinto en recompensa del gravamen; ay el consentimiento de la hija, y ay la facultad Real. Num. 16.

Y assi aviendo Doña Maria Feliciana Domonte y Verastigui consentido, que sus padres le vincularan las legitimas, haziendo, como hizieron, vn mayorazgo en virtud de las leyes del Reyno, de que vsaron, las han de vsar como ellas estân dispuestas, y con los llamamientos legales explicados en la l.27. de Toro, que conforme a ella pudieron vincular el quinto, y tercio, y con consentimiento de la hija lo demas, y assi no fue necessario vsar de la facultad, como no vsaron, porque dixeron, que querian vsar della *solamente para lo que fuere necessario, y no en mas*, y para nada fue necessaria la facultad, consintiendo, como consintiò la hija, el gravamen de la vinculacion. Num. 17.

Siguese necessariamente provado, que la hija consintiò la vinculacion, que con este consentimiento no es necessaria facultad, que los padres hizieron vn mayorazgo de parte de la legitima de la hija, dexando la mayor parte, q̃ entonces tenian libre, y para esso vsaron de las leyes destos Reinos. Num. 18.

Ergo devieron llamar despues de los descendientes a los deudos colaterales, al mayorazgo que fundaron perpetuo para siempre jamas, como provamos en nuestro primero informe à num. 168. y no pudieron, aunque quisieran, revocarlo. Num. 19.

Y si se hizo este mayorazgo en virtud de la facultad Real, mucho menos pudo Iuan de la Fuente Almonte revocarlo, aunque (caso muchas vezes negado) su muger le huviera dado facultad para ello, fundandose la parte contraria en la clausula primera, que dize: *Disponiendolo ambos jun-* Num. 20.

juntos, ò qualquiera de nosotros.

Num. 21. Porque ni la dicha Doña Maria diò esta facultad, por estar esta clausula revocada por otra, donde quiso, que el mayorazgo fuesse firme en muriendo el vno, como largamente provamos en nuestro primero informe num. 136. vsque num. 157. inclusivè, y en el segundo à num. 97. vsque num. 137. y 170. vsque num. 178. y enseña Simon de Pretis *de interpret. vltim. volunt. lib. 2. interpret. 1. soluc. 1. n. 4. fol. mihi 131. & fol. 265. n. 23. y 24.*

Que no pudo Doña Maria de Verastigui dar facultad a su marido para revocar.

Num. 22. NO pudiera dar esta potestad, advirtiendo, que la facultad que tuvo Doña Maria de Verastigui para hazer el mayorazgo, y para alterarlo en parte, revocarlo en todo, y hazerlo de nuevo, no la pudo mandar, ni ceder, ni delegar, ni cometer a su marido, ni à otra persona alguna.

Num. 23. Porque esta facultad es personal, y no admite poder, ni comissión para otro, per textum *in l. centessimis* 46. § *si ita,* ibi: *Si antequam constituas moriaris,* l. si quis arbitratu 43. l. si decem 48. l. si stipulatus fuerim 76. in princ. ibi: *Si stipulatus fuero illud, aut illud quod ego voluero, hæc electio personalis est,* ff. de verborum obligat.

Num. 24. Y en materia de facultad de mayorazgos lo assiēta por llano el señor Molin. *de primog. lib. 2. cap. 4. n. 62.* & alter Molina Iesuita *de iustit. & iure, tom. 3. disput. 592. num. 16.* Mieres *de maiorat. 1. p. q. 44. n. 103.* el señor Don Iuan del Castillo *de conie ct. vltim. volunt. tom. 5. cap. 87. n. 19. y 20.*

Num. 25. La razon es clara, porque como dize el señor Molina, *quando electio, vel facultas competit iure alieno,* como es en virtud, y facultad Real, in hac specie es personalissima: aliud es, quando pende de derecho propio, como enseñan los dos Molinas *dicto lib. 2. cap. 4. n. 62.* ibi: *Sed hac eligendi facultas personalissima est, atque in ea industria personæ eligi-*

gitur, ideò ad hæredes non transit. Razon, y distincion que abraçò, y siguiò el señor D. Iuan del Castillo *tom. 5. cap. 87. n. 19.* y en el *num. 20.* alaba mucho esta distincion del señor Molina, ibi: *Si tamen electio competat nomine alieno, seu non veniat in consequentiam iuris præambuli iure proprio competentis, ea eligendi facultas ad hæredes transire non potest.*

Y los Adicionadores del señor Molina *lib. 2 cap. 4 n. 62.* dizen assi: *Quando ius eligendi nomine, & iure alieno, competit communis, ac vera resolutio est; quod censetur electa industria personæ, & ideò tanquam personalissima ad successorem non transit.* Num. 26.

Tocò esta question novissimamente Olea *de cessione tit. 3. q. 1. à num. 1.* Y la resolviò con la distincion del señor Molina, como se vè en el num 42. que con grande numero de textos, y Autores, resuelve, que esta facultad ni se puede ceder, ni dar poder, ni cometerla a otro, ni aun al heredero passa. Num. 27.

Y hablando en propios terminos de facultad Real, concedida para hazer mayorazgo, assienta por llano el Doct. Arias de Mesa, que vaca con la muerte, y que no se puede mandar, ceder, ni encomendar, ni es cessible, ni delegable, *lib. 2. variarum cap. 26. 27. y 28.* Num. 28.

Y es decision decisiva deste caso la 18. de Gama, que aun en los nombres simboliza con este pleito, adonde litigava el pariente con la Casa de la Misericordia, en vn caso como este, adonde la testadora *bona sua relinquerat, at cum onere perpetuo Missarum proximiori consanguineo, post mortem Ioannis remansura, vel si sibi videretur, alicui confraternitati piæ relinqueret.* El heredero de Iuan, en virtud de la facultad que la testadora diò en aquella clausula: *proximiori consanguineo, vel si sibi videretur alicui confraternitati piæ relinqueret*, eligiò a la Casa de la Misericordia del lugar *Doredondo*; el pariente mas propinquo pedia los bienes, la Casa de la Misericordia tambien. La decision fue Num. 29.

dar los bienes al pariente mas cercano, porque no passa al heredero, ni en el cessionario, ni en el Procurador, la facultad de elegir, por ser personalissima, como asienta Gamma *dict. decis*. 18. y Flores de Mena largamente en su adicion, per text. *in l. vnum ex familia* 69. §. *rogo de legat*. 2.

Num. 30. Es tan cierto esto, de que la facultad de fundar, ò elegir, no passa de la persona a quien se le concediò, la qual ni la puede ceder, ni dexar al heredero, ni cometerlo a otro que lo haga, que no ay Autor que no enseñe esta doctrina, que la defienden los antiguos, especialmente Paulo de Castro *in l. si quis intentione, ff. de iudicis, n*. 5. ex pluribus Cancer 3. *p. cap*. 21. *n*. 254. Alfonsus de Olea *de cessione, tit*. 3. *q*. 1. *nu*. 42. el señor D. Ioseph Vela *dissert*. 49. *n*. 34. y el señor Larrea controvirtiò quanto pudo la materia, y en la *decis*. 31. *n*. 40. dize, que siempre la facultad es personalissima.

Num. 31. Y demas de las autoridades se prueva con razones legales, pues es cierto, como lo que mas, que *voluntas extinguitur morte*, l. 4. ff. locati, condecurio meus Ioannes Guillen de Cervantes *in l*. 3. *Tauri, n*. 1. Y no aviendo Doña Maria de Verastigui revocado en vida, quedò firme el acto, *cap. si delegatus*, §. 1. *de officio delegati, lib*. 6. per quem textum, asienta por llana esta doctrina, eruditissimus Covarr. *lib*. 3 *var. cap*. 15. *n*. 3. Y los fundadores lo sentenciaron assi, diziẽdo: *Y muerto el vno, que de firme, &c.* mem. n. 11. in fin.

Num. 32. Y para que se afirme mas lo que es tan cierto, *videlicet*, que es personal la facultad de fundar, y revocar lo fundado, es de notar, que si el que tiene esta facultad delinque, no passa en el Fisco, vt docet Tello Fernandez *in l*. 17. *Tauri, nu*. 132. ibi: *Nec transit in fisco ius revocandi, maximè quia verba nostra legis, solum personam donantis concedunt hanc facultatem, & ideò extra personam non egreditur ista facultas*. Per textum *in l. cum pater* 77. §. *hæreditatem, ff. de legat*. 2.

Num. 33. Y es del punto la doctrina fixa de los DD. para provar, q̃ la potestad, en virtud de la facultad, es personalissima, que

si

si el que tiene facultad Real para hazer vn mayorazgo, si èl no le haze en vida, no puede dar poder para que otro le haga despues de su muerte, vt docet Greg. Lopez *in l.6. tit. 11. p.6. verbo Que la non pudiesse vender, glos.4 q.18.* Mieres *de maiorat.4 p.q.11.n.47.* & 48. Azevedo *in l.2. tit. 7. lib.5. Recopilat.n.14.*

Y la facultad Real *ad alienandum*, concedida al posseedor, no passa al sucessor, vt ex ipso Greg. Lopez, & Mieres, docet D. Molina *de primog.lib.4.cap.5.n.57.* ipse Azeved. *in l.2. lib.14. in fine, tit.7. lib.5.* Recopilat. P. Molina *de iustit. & iure, 3 tom. q 652.n.5.* Num. 34.

Y por esta razon, quando el testador dà poder a otro para que haga su testamento, y mejore a vno de sus hijos, o que haga mayorazgo, si este comissario, albacea, o procurador no lo haze, no puede hazerlo su heredero, ni puede sostituir el poder, ni la comission, y facultad que le dio el testador, Bart. per illum textum *in l. si quis Titio 17. §. final, ff. de leg, 2.* el señor Molina *de primog lib. 2 cap. 4. n.6.* Mieres *de maiorat. 2. p. q. 48. ex num.* 190. *y* 195. Num. 35.

Y no se podrà impedir esto con replica de la otra parte, diziendo ser cierto lo referido, y que la facultad Real de fundar, y revocar es personalissima: pero que esto se entiende quando el poder, o comission se dà a otro tercero, pero no à aquel que la tiene del Rey, como en este caso, q̃ la tuvieron Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastigui su muger, y que assi pudo ella cometer al dicho Iuan de la Fuente Almonte la revocacion. Num. 36.

Porque se responde, que en este caso, y en esta facultad, ay dos personas, marido, y muger, y son dos comissarios igualmente principales, para hazer, y para revocar, y luego que ambos, o cada vno vsò de la facultad, evaquò, y consumiò la comission, y facultad: y assi quando Doña Maria de Verastigui hizo el primer acto, que fue fundar, despues en el segundo, que era el de dar poder a su marido para que pudiera revocar, y quitar, y hazer de nuevo, no tuviera facul- Num. 37.

cul-

cultad (aunque en supoficion de la parte contraria, no estuviera revocada la clausula) y en que ya venia a ser el marido segundo comissario, pues quando *aliquis actus nõ potest fieri absque alterius licentia, censetur ab illo factum esse, qui licentiam concessit.* Palabras son del señor Molina *lib.4.cap.3.n.*8. Et ideò viene a ser segundo comissario, como tenemos provado, y provamos latamente en nuestro segundo informe à num. 186.

Num. 38. Neque etiam serà replica considerable dezir, que por la l.31. de Toro està dada facultad, para que pueda vno dar poder a otro, assi para la substancia de la disposicion, como para la execucion, y que *hoc potest committi post mortem.*

Num. 39. Porque se responde facilissimamente, con la distincion que dàn los señores Molina, Castillo, y Vela, y otros, de qua supra num. 23. y es, que quando, *competit facultas nomine alieno, & non iure proprio.* En tal caso, ni se puede ceder, ni transmitir, ni delegar, ni mandar, ni passa a los herederos, vt probat Addit. Molina *dict. lib.2. cap.4. num.*62. & docet Arias de Mesa *dicto cap.*28 *& supra num.*28.

Num. 40. Porque ay mucha diferencia entre la facultad de ley, y la facultad de Rey: porque quando se obra con facultad de ley, se obra *iure proprio.* y assi aquel derecho que tiene propio le puede mandar, y ceder. Pero quando obra con facultad de Rey, obra con facultad agena, *& tunc* obra, no *iure proprio*, sino *iure facultatis*, y con potestad, y comission agena, y esta es la que no se puede ceder, cometer, ni mandar, ni en ella sucede el heredero.

Num. 41. Y aunque lo referido es tan cierto, y solido, todavia recibe mayor firmeza, y solidez, quando la facultad induce personalidad, como en el caso deste pleito se vè, ibi: *Doy licencia, y facultad à vos los dichos Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastigui su muger, para que de los dichos bienes () podais en vuestra vida, ò al tiempo de vuestro fallecimiento.* Et ibi: *Por vuestro testamento, o postrimera voluntad, ò por via de donacion entre vivos.* Et ibi:

ibi: *O otra vuestra disposicion*, que todo esto denota, è induce personalidad, como tambien en la revocacion, ibi: *Deshazerlo, y tornarlo a hazer vna y muchas vezes, a vuestra libre voluntad*, pues verba illa: *A vos los dichos*, son personalissimas.

Y porque verba illa: *En vuestra vida, ò al tiempo de vuestro fallecimiento*, estrecha, y ciñe la facultad, a que no pueda hazerse por otro despues de muerto, porque aquella clausula, *A vuestra libre voluntad*, es personalissima la potestad, *l. fideicommissa* 11. §. *si fideicommissum. ff. de legat.* 3. ibi. *Cum voluerit tractum habet quandiu vivat*, pues no tiene mas ser, essencia, ni vida la voluntad, sino mientras vive el sugeto, *l. si sic legatum* 78. *in fine, ff. de legat.* 1. y assi no lo puede hazer el comissario, porque como dixo Tello Fernandez *in l.* 31. *n.* *Eo quia voluntas commissarij non est voluntas testatoris, cum voluntas sit anima volens, & in animabus datur distinctio*, Num. 42.

Nace pues de lo dicho, que no pudo Doña Maria de Verastigui dar facultad, ni poder para revocar el mayorazgo hecho en virtud de facultad Real. Porque la facultad para hazer mayorazgo se acabô con la muerte de la dicha Doña Maria de Verastigui, a quien se concediò. vt ex condecurione meo Cervantes *in l. 3. Tauri, n.* 1. constat. Num. 43.

Lo segundo, porque la dicha facultad es personal, y no puede salir de la persona a quien se concediô. Num. 44.

Lo tercero, que de la fundacion del mayorazgo, hecha por contrato entre vivos, se adquiriò derecho irrevocable a Doña Maria Feliciana, y â todos los que pudieran tener derecho a êl, a los quales no se les pudo perjudicar, Molina *lib. 4. cap. 2. n. 75. vers. Segundo caso*, Noguerol *alleg. 9. n.* 41. Fontan. *de pactis, sup. claus. 4. glos. 9. p. 1. n.* 5. & in expresso Antonius Amatus *lib. 1. resol. 12. n.* 11. *Quod procedit etiam si primus vocatus decedat, vivo donatore*, vt probat Mieres *de maiorat. 2. p. q. 10. n.* 5. latè Gratianus *discept. forens. tom. 2. cap. 332. per totum.* Num. 45.

Que no pudiera Doña Mara de Verastigui revocar este mayorazgo siendo viva, aunque subsistiera la primera clausula; ni Iuan de la Fuente Almonte, en virtud della, pudo revocarle, por averse fundado por contrato, y aceptado.

Num. 46. NO pudo Doña Maria de Verastigui dar poder para revocar este mayorazgo hemos probado, y probarêmos aora, que ella tampoco le pudiera revocar, porque le fundò por donacion, y contrato entre vivos, *perpetuo para siempre jamas.* Et ibi fol. 37. del processo: *Fundamos este mayorazgo, y hazemos, y otorgamos donacion pura, perfecta, que el derecho llama entre vivos.* Y ambos dizen: *Y nos obligamos de lo guardar, y aver por firme, y de no lo reclamar, ni contra decir.* Y dàn poder à las justicias para q̃ los compelan al cumplimiento.

Num. 47. Y la dicha Doña Maria de Verastigui dize fol. 39. que jura de guardar, y cumplir esta fundacion, ibi: *Otorgo de la guardar, y aver por firme, y de no ir contra ella, en ninguna via, ni causa que sea.* Y añade, que no ha sido apremiada, ni ha hecho reclamacion, ni protestacion en cõtrario. *Y si pareciere averla hecho, ò la hiziere, desde luego la revoco, y doy por ninguna, para que no valga.*

Num. 48. Y en las capitulaciones matrimoniales, quando los fundadores casan a Doña Maria Feliciana su hija con Garcilaso de la Vega su sobrino, se asienta, y capitula, *Que la dicha Doña Maria Feliciana Domonte y Verastigui ha de llevar por su dote el mayorazgo, que con facultad Real q̃ para ello tuvieron, fundaron en su cabeça, y de sus descendientes, el qual mayorazgo ha de llevar, con los llamamiẽtos, sostituciones, vinculos, y gravamenes, facultades, y reservas que en èl se contienen,* y se obligaron a cumplirlo en forma.

Num. 49. Estas clausulas, que inducen, y expressan no poderlo revocar, antes se obligan a cumplirlo, crian, è inducen renun-

nunciacion de la potestad que tenian los fundadores en la facultad Real, para revocar, vt docet Mieres *de maiorat ib.* 2.*p.q.*38.*ex num.*34. Gutierr.*practicar. quæst. lib.*2.*q.*77.*per totam*, latissimè defendet D. Molin. *de Hisp. primog. lib.* 4. *cap.*2.*n.*40. *& seqq. &* 45. quem sequitur D. Castillo *de coniect. vltim. volunt. tom,*5.*cap.*80. *in additione, & cap.*109. *n.*19. el señor Larrea *decis. Granat. decis.*57.*n.*5. Additio. ad Molin. *dict. cap.*2.*n.*40. Molinam sequitur Fontan. *de pactis nupt. tom.*1.*claus.*4.*glos.*21.*n.*57.

Y son de tanta eficacia estas clausulas, que dize el mismo Mieres *dict. q.*38.*n.*36. que bastan las renunciaciones, y clausulas generales, diziendo assi: *Cavendum tamen est à renuntiationibus generalibus, quia omnia iura, & actiones, & remedia comprehendunt*, l. pluribus, ff. de acceptilationibus. Num. 50.

Ni ay repugnancia entre estas clausulas, y la facultad Real. Porque aunque por ella se dà facultad para revocar el mayorazgo hecho, hazen lo contrario los fundadores, pues hazen vn mayorazgo por donacion entre vivos, vt supra num. 46. y obligarse en èl a averlo por firme, y en las capitulaciones a su observancia, vienen a ser contrario de la potestad de revocar. Num. 51.

Y en este caso sucede la regla que dize, que quando cōcurren dos cosas incompatibles, la vltima excluye la primera, pues es regla fundamental, *quod inter incompatibilia possessio vnius inducit renuntiationem alterius*, ex l. hæc verba 224 ff. de verbor. signif. donde dize: *Proculus, quorum posito altero necessè est tolli alterum, item sublato altero poni alterum*, & comprobat Valdes ad Rodericum Suar. *in l. quoniam in prioribus, ampliat.*10. *nu.*48. *in fine*, latissimè Molina *de primog. lib.*4.*cap.*2.*n.*40. *& seqq.* Castillo *tom.*5.*cap.*80.*n.*36. Num. 52.

Por otra razon irrefragable no pudo Doña Maria de Verastigui dar poder para revocar el mayorazgo, ni Iuan de la Fuente Almonte en virtud de poder (aunque lo tu- Num. 53.

viera) hazer la revocacion, considerando, que luego que murió la dicha Doña Maria de Verastigui, adquiriò Doña Maria Feliciana su hija todos sus bienes, y hazienda, con pleno dominio, por la *l. cum quidam* 10. *C. de impuberib. & aliis sostitutionibus factis.* Y esto no solo en los bienes libres, sino en los vinculados.

Num. 54. Luego no pudo dar poder para privar despues de su muerte a la hija, de su legitima adquirida por ley, y por derecho: porque el poder, ò dado, ô incluido en la reserva, era para que el podatario vsasse dèl despues de muerta D. Maria, que se supone le diô en dicha reserva, y en aquel tiempo de la execuciō, la madre ya no tenia nada, porque todo quanto tenia, assi como espirô, lo adquiriô la hija, cō pleno dominio, por leyes fundamentales destos Reinos, q̄ disponen, que el hijo sea heredero forçoso de los bienes de la madre, assi en testamēto, como abintestato. Y tiene aqui su lugar la regla del Derecho, que dize: *Quamlibet dispositionem factam tempore habili, inutilem censeri, si eius effectus ad tempus inhabile referatur*, vt in l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt. Regla, q̄ dize Bart. que es indefectible, y como la revocacion tenga su efecto despues de la muerte de la madre, ya entonces la hija tiene pleno dominio, y no se lo pudo quitar con el poder que diere, Cerbantes *in l. 3. Tauri, n. 2. & seqq.*

Num. 55. Rursus, & iterum, buelvo â hazer distincion en lo fundamental deste mayorazgo; ò fue hecho conforme a las leyes del Reino, vt supra à num. 5. ò fue hecho en virtud de la facultad Real, vt supra à num. 20.

Num. 56. Si fue hecho en virtud de las leyes del Reino, no pudo la madre dar poder para quitarle a la hija la legitima, ni la mejora que adquiriò por su muerte, y por la fundacion, assi del tercio y quinto, como de la legitima, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. l. 11. tit. 4. part. 6.*

Num. 57. Si fue hecho en virtud de la facultad Real, es muy firme el derecho de Don Diego Domonte, porque aviendo vsa-

vsadò della, no pudieron los fundadores dexar de hazer el mayorazgo en *Doña Maria Feliciana, y sus descendiẽtes, y à falta dellos en sus deudos*, porque esta es la letra de la facultad, y como no pudieran excluir a los hijos, y descendientes de Doña Maria Feliciana, tampoco pudieron excluir sus *deudos*, porque fuera injusta la facultad, si excluyera deudos, vt in simile quæstione docet D. Molina *de primog. lib. 2. cap. 1. n. 28.* & ibi Addit. quem sequitur P. Molin. *de iustitia, & iure, quæst. 578. num. 7.* Gutierrez *lib. 3. quæst. 52.*

Porque es cierto, como lo que mas, que *rescripta Principum semper secundum iustitiam fori, & poli intelligenda, ac intepretanda sunt*, vt docet Bald. *in l. 1. n. 6. ff.* de cõstitut. *Principum*, y el texto *in l. 27. tit. 18. p. 3.* ibi: *E si en las otras cartas foreras, ò de gracia, que el Rey faga, naciere contienda sobre ellas, devenlas otrosi juzgar los juezes ante quien parecieren, tomando el entendimiento dellas a la mejor parte, è a la mas derecha, è a la mas provechosa, è a la mas verdadera segun derecho.* Num. 58.

Pues que dictamen avrà, que viendo esta carta del Rey, y este pleito, no le juzgue *a la mejor parte*, que es por el mayorazgo? pues no es de creer, que avian de hazerle para excluir sus deudos, y parientes, olvidandose los fundadores de la obligacion natural, que a sus deudos tienen, text. *in cap. si quis reliquerit proprios filios, 14 distinct. 30.* Num. 59.

Y à la *mas derecha*, idest, à la que se conforma mas con el derecho, erga liberos, & parentes. Y si la naturaleza entre todos los hombres introduxo vn parentesco para amarse, y es delito no quererse, como enseñò por regla infalible el I.C. Florentino *in l. vt vim 3. ff. de iustit. & iur.* ibi: *Et inter nos cognationem quandam natura constituerit, consequens est hominem homini insidiari nefas est.* Con mayor razon corre este amor, y voluntad entre los parientes, en quien se propaga la familia. *Auth. post fratris fratrum, C. de legitim. haredib.* ibi: *Sola tamen cognatio spectatur*, me- Num. 60.

lior text. *in auth. in successione, C. de suis, & legit. haeredib.* ibi: *Sola naturali causa inspecta,*

Num. 61. *E à la mas provechosa*; la causa mas vtil se ha de entender al Rey, ò al Reino, y esta es la de los mayorazgos, *Quia interst Reipublicæ institutio maioratus*, como es expressa ley del Reino, *l. 7. tit. 7. lib. 5. Recopil.* & docet Tiraq. *de primogenit q. 23. n. 12.* Matienço *in dict. l. 7. glos. 3.* Mieres *de maiorat. 1. p q. 1. a num. 27.* Molina *de primog. lib. 1. cap. 11. n. 3. & cap. 18. n. 1.* Iacobus Cancer. *variarum lib. 1. cap. 8. n. 23.* Paz *de tenuta cap. 64. n. 12.* & nos fusiùs en nuestro primero informe à num. 90. y en el segundo à num. 151. Addo novissimè D. Hermenegildum de Roxas Advocat. & Decurionem Granat. in illo satis perpolito tractatu de incompatibilitate maioratuum, *p. 3. cap. 5. n. 31. l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* Episcopus Simancas *de primog. lib. 1. cap. 15.* ibi: *Iure quodam gentium propter publicam vtilitatem introducta sunt.*

Num. 62. *Segun derecho*, este es el derecho del Reino, *l. 27. de Toro*, pues segun derecho del Reino se avia de fundar para Doña Maria Feliciana, y sus descendientes, y para sus deudos, ò estraños, dando a cada vno su lugar, y grado, primero a Doña Maria Feliciana, y sus descendientes, y en segũdo *a sus deudos*, y por falta dellos a los estraños, como en nuestro primero informe à num. 158. y en el segundo à n. 180. provamos.

Num. 63. Y aviendo dicho su Magestad en la licencia que diò para hazer este mayorazgo, que la dava *Porque de vuestras personas, y Casa quede perpetua memoria, lo hè tenido por bien.* Y es cierto, que esta memoria, y Casa es de los fundadores, y se conserva en los deudos; y muere, y se extingue, y acaba en los estraños, por regla infalible que dexò escrita Bart. *in l. filiusfamilias, §. cum pater de legat. 1. & in l. peto, §. fratre de legat. 2.* quem sequitur Peregr, *de fideicõmis. art. 22. n. 20.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4 præsumpt. 88. n. 1.* y q̃ si excluye a los parientes se tiene por *nõ sane mẽtis.*

Y por-

Y porque las facultades de los Principes siempre se han de entender segun *equidad*, aunque se violente la letra, glos. celebris *in cap. paratus 23. quæst. 1. verbo Si verba*, ibi: *Verba enim in rescripto posita, vel in lege conformare debemus, æquitati licet verba non patiantur, cap. causam de rescriptis, cap. cum dilectus de consuet. l. quamvis 11. ff. de in ius vocando*, ibi: *Licet edicti verba non patiantur*. Num. 64.

Y porque la facultad que el Principe diò es para edificar, y no para destruir, fue para fundar vn mayorazgo en favor de la Casa de los fundadores, y no para destruirla, como la destruyera si omitiera *los deudos*, y llamara los estraños. Porque el Prnicipe en sus rescriptos se conforma con el Derecho, y le sigue, y abraça, *l. neque avus, C. de mancipatione liberorum, l. ex facto in princip. ff. de vulgari*, Gregor. Lopez *in l. 27. tit. 18. p. 3. glos. 6. verbo tomando*. Num. 65.

Lo qual se manifiesta à la luz de la razon con dos ponderaciones legales.

Vna es, que quando ay facultad para nombrar *indefinitè*, el que tiene la facultad, ha de nombrar à la familia del fundador, vt ex Paulo Parisio, & alijs observat D. Castillo *quotidian. lib. 5. & tom. 5. cap. 87. n. 34. Et in fine ait. Quòd si detur potestas nominandi alium, non potest elegi extraneus*, & plura num. 35. *& tom. 6. cap. 142. n. 22.* latissimè, & per varia exempla Noguerol *alleg. 9. à num. 58. & seqq.* Num. 66.

La otra es, que *eo ipso* que el fundador dixo *mayorazgo*, se entiende estar llamado todo el linage de descendiẽtes, y colaterales, como enseña el señor Molina *lib. 1. de primog. cap. 6. n. 24.* ibi: *Cum enim constet testatorem maioratum instituisse, ex eo consequitur voluisse hæc bona in sua familia conservare.* Lo mismo *num. 28. y num. 31.* Noguer. *alleg. 9. n. 36. & n. 43.* Como en el caso deste pleito, donde los fundadores dixeron: *Instituimos vinculo, y mayorazgo perpetuo, desde oy para siempre jamas.* Num. 67.

Y de tal suerte es esto cierto, que dize el señor Molina Num. 68.

dict.cap.6.n.24.38.& seqq. que para conservar la institucion, y progresso del mayorazgo, y su perpetuidad, se han de impropiar las palabras del fundador, y reducirlas à sentido de perpetuidad, y conservacion en los de la familia. Y aun dixo mas el señor Castillo, que es tanta verdad esto, y tan cierta esta doctrina, que se ha de creer assi, aunque el sentido, ò la extension, ò la interpretacion sea contra las disposiciones juridicas, *tom.6.cap.117.n.30.* ibi: *Imò omnis conditio, quæ ad ipsius maioratus perpetuitatem conservãdam necessaria fuerit repetita, censenda est, sivè ipsa conditio favorem, sive odium cõtineat, sive sit secundum ius, sive præter, aut contra ius.*

Num. 69. Y todo esto es a fin de conservar los mayorazgos, por ser conveniente à la causa publica, que los aya por ley fundamental destos Reinos de España, *l.7.tit.7.lib.5.Recopil.* cuya razon no solo comprehende a España por esta ley, sino todos los Reinos de la Europa, como defiende el señor D. Pedro Gonçalez de Salcedo, vir quidem eruditione, & scientia plenus, & in omni ævo laudandus, *in lib. Examen de la verdad*, contra los tratados de la Reina Christianissima, §. *primo, fol. mihi 37.n.44.& 45.& §.4.n.3.& §.7.n.36.* & latissimè D. Ioseph Vela de Oreña *dissert.49.num.23.* y nuestro primero informe num.91. & in secundo nu. 194.

Num. 70. Y se fortalece mas esta verdad, considerando, que su Magestad no diò licencia para excluir los parientes; antes diò licencia para que fundassen en su favor, pues la diò para fundar en Doña Maria Feliciana, sus hijos, y descendiẽtes, y à falta dellos *en vuestros deudos, ò estraños.*

Que no se concediera la facultad Real menos que llamando los fundadores à sus deudos.

Num. 71. Y Aunque la facultad no tuviera esta clausula obligatoria de llamar los deudos, no pudieran los fundadores excluirlos, ni hazer el mayorazgo sin llamarlos.

Pro-

Proposicion es esta llana, y corriente a todos los que vẽ la luz del Sol sin vidriera, pues la facultad del Principe, ò la del particular, la ha de exercer el que la tiene conforme a razon, y justicia, y equidad, como lo dexò escrito Cebola *in l. Tais 41. §. sororem, ff. de fideicommissar. libertate*, ibi: *Respondeo non expectandum, quod hæredibus displiceret, sed quod viro bono posset placere.* Y el I.C. Pomponio *in l. Labeo 21. ff. de statu liberis*, dixo: *Erit autem ei diligentia coniuncta bona fides.* Num. 72.

Porque como dixo Vlpiano, no ay facultad tan absoluta, que pueda el que vsa della estender su voluntad a lo que quisiere su arbitrio, porque precisamente se ha de cõtener en los terminos de la prudencia, y razon, regulada por el Derecho, *l. fideicommissa 11. §. si fideicommissum, ff. de legat. 3.* ibi: *Quamquam autem fideicommissum ita relictum si volueris non debeatur, tamen si ita scriptum fuerit si fueris arbitratus, si putaberis, si existimaberis, si vtile tibi fuerit visum, vel videbitur, debebitur non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.* Num. 73.

Pues como enseña el mismo Vlpiano en otra *ley fideicommissa 46. ff. de fideicom. libert.* estas facultades tienen en si embebida la razon, y la equidad, ibi: *Si tibi videbitur peto vt manumitas, ita enim hoc accipiendum est, si tibi quasi bono viro videbitur*, & omnia scripta sup. n. 61. & 62. Num. 74.

Porque el Principe en sus rescriptos de gracia siempre obra justificadamente, *glossa in l. relegati 4. ff. de pœnis, verbo Causa, text. in cap. cum à nobis 28. in fin. de testibus, clem. vnic. de probat.* Ioseph Ramon *cons. 18. n. 21.* Y como el Rey es iustitia plenus, vt prob. Paschal. *de virib. patr. potest 1. p. cap. 1. n. 106.* Ipse Ioseph Ramon *cons. 37. nu. 223.* su voluntad ha de ser, y es conforme a ley, y razon, y no avia de permitirse excluyeran los parientes. Num. 75.

Porque la Magestad tiene por su naturaleza tal bien en si, que no puede querer mas, que aquello que se conforma Num. 76.

 con

con la disposicion Civil, Derecho natural, y de las gentes, *text. in auth. de iudicib. novel* 82. §. *omnis*, donde dize el Emperador Iustiniano: *Nos enim volumus obtinere, quod nostræ volunt leges*, el qual en otra parte, que era su vida y ser guardar las leyes, §. *fin. instit. quib. mod. testam. infirm.* y los Emperadores Arcadio, y Valente *in l. digna vos* 4. *C. de leg.* y antes lo avia dicho el C. Paulo *in leg. ex imperfecto* 23. *ff. de leg.* 3. ibi: *Decet enim tantæ maiestati eas servare leges.* Y el Rey Teodorico, escriviendo a su Virrey Eugenio, dixo: *Omne, quod volumus, voluntatem tamen nostrã de ratione metimur*, como dize Cassiod. *lib.* 1. *ep.* 12. *in prin.*

Num. 77. Y por esso dixo Iason *in l. ex facto de vulg. n.* 5. que intelligitur mens legis, qualis est legis, & rationis naturalis. Y con estas mismas palabras Philip. Dec. *cons.* 64. cũ Bald. & alijs, Ioseph. Ramon. *cons.* 35. *n.* 6.

Num. 78. Y destos fundamentos nace el conocimiento de confessar, que su Magestad no concediera la facultad para poder excluir parientes; pues si lo hiziera se opusiera al Derecho Civil, al Derecho de las gentes, y al comun sentir de los Doctores. Y por esso es necessario, que en las suplicas se expresse, que se han de excluir los parientes, y que el Rey lo conceda, aliàs no solo no estàn excluidos, sino expressamente llamados: porque los rescriptos del Principe estàn, y son ajustados a los dos polos de justicia, y conciencia, *l.* 27. *tit.* 18. *p.* 3. Bald. vbi supra *num.* 58. & *num.* 64.

Que por la facultad Real que tuvieron devieron llamar a los parientes.

Num. 79. TUvieron las leyes por loco al que quebrantò los fueros de la naturaleza, omitiendo, ò excluyendo al pariente; y si no por loco de atar, por hombre sin razon illeso el entendimiento, pues se negò al impulso de la naturaleza, pues como dixo Marcian *in l.* 2. *ff. de inoffic. testam.* y el señor Greg. Lopez *in l.* 1. *tit.* 8. *part.* 6. *glos.* 8. son acusados

los

quasi de animi feritate; y como brutos, que olvidan los vinculos de la naturaleza, ibi. *Et sicut bellua, quæ devorant filios.*

Ni se escusaràn por la escusa del Iur. C. Marcelo *in l. 3.* Num. 80.
ni por lo que dixo Maximo Iur. C. *in l. 4. ff. eodem.*

Porque siempre se hallan culpados, ò ensordecidos a Num. 81.
las vozes de la sangre, y à los latidos de la naturaleza, que los llama a hazer bien a los parientes, *textus in l. Aurelius 29. §. Titius testamento, ff. de liberat. legat.* ibi: *Præsumptio enim propter naturalem affectum*, l. si servus plurium 53. §. fin. ff. de legat. 1. ibi: *Et charitas, & necessitudo*, y la constitucion de los Emp. Valer. & Gallien. in l. generaliter 6. §. cum autem, ibi: *Non est verisimile.* Et ibi: *Charitatis intuitu.*

Y nunca presumiò el Derecho, que vn hombre avia Num. 82.
de quitar la hazienda al pariente, por darla al estraño, pues es presumpcion legal, que *ne videatur testator alienas successionis proprijs anteponere.* Cevall. *in contra com. q. 693. n. 12.* Azevedo *cons. 16. à num. 13.* Y por esso dixo Bald. *in auth. ex testamento, C. de collat. n. 13.* en las causas de los parientes se ha de hazer la interpretacion favorable, text. *in l. Aurelius, §. Titius, ff. de liberat. legat.*

Y en este fundamento de derecho se fundaron las le- Num. 83.
yes de las 12. Tablas, que es principio infalible, que la herencia se ha de dar al mas proximo, como mas querido, y amado del difunto, de quien la naturaleza impele con sus assistencias a este cariño, text. *in §. si plures, inst. de legitim. agnat. succes.* y esta sucession no fue disposicion acaso, sino fundamentada en el derecho natural, Vlp. *in l. 1. §. si filius, ff. de suis, & legit. hered.* ibi: *Quod naturali æquitati contingit.*

En estos fundamentos del derecho civil, y del derecho Num. 84.
de las gentes, y del derecho natural, se funda la conclusion supra num. scilicet, que su Mageſtad no concediera la facultad, si le dixeran en la suplica, que avian de excluir a los

los parientes, y llamar a estraños. Porque el Principe no presta expresso consentimiento, pues como dixo Baldo in l. 1. C. de constitut. Princip. *& ex Iasone, & aliјs obseruat Paschal. de viribus pat. pot.* 1. *p. cap* 1. *n*. 106. *Rex tanquam iustitia plenus nihil aliud velle præsumitur, nisi quod iustũ est, & omnis eius actus à iustitia poli, & fori regulari.* Y prosigue diziendo: *Et eius mens, & voluntas semper præsumitur esse conformis legi scriptæ, ac naturali rationi*, vt notabiliter refert Marc. Mant. *cons.* 52. *n*. 31. Y si su Magestad permitiera excluir los parientes, fuera contra la doctrina de san Agustin, referida en nuestro papel primero num. 189.

Num. 85. Porque es constante doctrina, que todas las vezes que por facultad Real, ò por contrato, ò por donacion fecha en pacto matrimonial, con facultad que la pueda dexar a los hijos de aquel matrimonio, ò a otra qualquiera persona como quisiere, y bien visto le fuere, no puede vsar desta facultad indiscreta, y libremente, sino que por fuerça ha de dar los bienes desta donacion à los hijos de aquel matrimonio, y no a otra persona, aunque la facultad fue, *Quod teneatur disponere in fauorem filiorum suorum ex hoc matrimonio, aut alterius cuiuscumque personæ*, vt ex pluribus docet Fontan *de pactis nupt. claus.* 4. *glos.* 25. *n*. 20. *& seqq. fol. mihi* 568.

Num. 86. El qual en el *num.* 28 *in fine* refiere la decision de aquel Senado Catalan, adonde vn testador dexò a su heredero la herencia, a vno de sus hermanos, el que èl quisiesse, y eligiesse. Tenia tres hermanos, y la dexò al tercero; revocò esta disposicion aquel Senado, y mandò, que sucediesse el hermano mayor, no obstante la clausula, y facultad, *prout hæredi magis placuerit.* Y el motiuo de la decision fue, ibi: *Censuit Senatus secundum ordinem, quo nominati per testatorem erant debuisse ab hærede elegi, non aliàs ordinem paternum peruertendo, non obstantibus clausulis liberam facultatem concedere videntibus.*

Prue-

Pruevase esto con otra decision de mayor autoridad, y ponderacion del litigio que decidió el Consejo Real, que fue sobre vn mayorazgo, en el qual el fundador llamò a la sucession dèl al hijo primogenito, ò al segundogenito. Ambos hermanos litigavan, porque ambos estavan llamados, y el Consejo declarò, que avia de suceder el primogenito: porque aunque avia dos nombrados, avia de suceder el primero nombrado, vt docet D. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 6. n. 7.* ibi: *Ipse institutor vocabat filium primogenitum, vel secundogenitum (cuius generis numquam aliud primogenium vidimus) hoc tamen non obstante solus primogenitus, excluso secundogenito ad eiusdem primogenij successionem, ex sententia Supremorum Iudicum admissus fuit, idque verissimum est.* Num. 87.

Y esto por vna razon juridica, è infalible, y es, que quãdo entre las personas alternadas, o quando la alternativa se pone *inter personas, inter quas possit cadere affectio*, en tal caso aquellas palabras, *que quisieredes*, no dân facultad, sino *orden* de lo que deve hazer, Paz *de tenuta cap. 34. nu. 99. & 100.* & ex Cancerio, & alijs observat D. D. Iuan del Castillo *lib. 2. cap. 26. n. 31. & 32.* quien con fuertes fundamentos defiende, que la especie deste pleito en la clausula, *deudos vuestros, ò estraños*, no ay facultad, ni potestad de elegir, sino que precisamente se han de nombrar los que estàn primeramente nombrados, que son *deudos vuestros, y à falta dellos los estraños.* Plura en nuestro primero informe à num. 160. y en el segundo 180. Num. 88.

Y quando non potest cadere affectio, se ha de guardar el orden de la letra, por disposicion juridica de todos los I.C. que demas de los textos, y Autores del primero y segũdo informe en los num. citados, se añade al I.C. Celso *in l. qui solvendo 60. ff. de haredibus instit.* ibi: *Qui solvendo non erat servum primo loco, & alterum servum secundo loco haredes scripsit, solus is qui primo loco scriptus est, hareditatem capit.* Num. 89.

Num. 90. Y fue decision del Senado Romano en tiempo del Emperador Adriano (natural desta Ciudad de Sevilla) segun refiere el I.C. Scebola *in l. si non lex 83. ff. de haredib. instit.* ibi: *Et ad libertatem perveniat, qui primo loco scriptus fuerit, eique hareditas restituatur.* Et ibi: *Igitur si primo loco scriptus hares desideret, addire hareditatem nulla difficultas erit.*

Num. 91. Y lo mismo enseñò el Derecho Canonico, como lo nota el texto *in cap. Concilia 6. in fin. 17. distinct.* Y se infiere del texto *in cap. 1. §. cumque lecta, 96. distinct.*

Num. 92. Y los Doctores ex antiquis Bart. *in l. 2. §. prius, n. 7. ff. de vulgari*, Bald. *in l. 1. n. 1. C. de edicto Divi Adriani tollend.* Oldradus *cons. 141.* Peralta *de legat. in l. si quis in principio, ff. de legat. 3. n. 155.* Felinus *in cap cum dilecta 22. nu. 4. & 5. de rescript.* fusè Lara *de Capellan. lib. 2. cap. 3. n. 47.* el señor Don Ioseph Vela *dissert. 26. n. 11.*

NOTAS CONTRA LA PROBANZA.

Num. 93. LA otra parte ha hecho vna larga probança, que reducidos a norma sus articulos, quiere sacar de ella dos cosas, vna evidentemente vera, y otra evidentemente falsa, y lo ha conseguido todo.

Num. 94. La verdadera es, que Iuan de la Fuente Almonte quiso revocar el mayorazgo que avian hecho èl, y su muger, y fundar vn Patronato. Sin probança lo creemos, y es ociosa quando ay vn testamento que lo dize, è importa poco probar, que en vida quiso revocar, si no huviera revocado: *Quia dispositio in mente retenta nihil operatur*, ni es menester probar que està revocado, quando el instrumento lo dize.

Num. 95. Y estamos persuadidos, que no es el punto sobre si quiso revocar, porque no es sino sobre si pudo. Que revocò es hecho, y lo prueba el testamento: no era menester prueba.

O quantum est in rebus innane!

Que no tuvo potestad para revocar, es la question del pleito, y es lo que tenemos probado.

La falsa tambien la probò con tanto numero de testigos esclavos, libertos, mulatos, legatarios, y criados de mucho mas que de la escalera abaxo. Estos dizen, que estando Iuan de la Fuente Almonte en Madrid, estuvo en Sevilla mala Doña Maria de Verastigui, y que les dixo, que ya tenia hecho su testamento, y lo dexava todo à la Casa de la Misericordia, y que esto lo dezia à la esclava cocinera, y al esclavillo que barria el çaguan, y que era para vn Patronato, que les avian de dar tres reales a cada vno de los esclavos todos los dias, y esto aunque tenia dos hijas legitimas la testadora. Num. 96.

Verdaderamente, que es demasiado aliento pretender fascinar, no solo los ojos, sino el entendimiento, pensando, que ha de aver quien tenga tan olvidados los sentidos, y tã torpe el discurso, q̃ no vea, que esta probança està llena de impossibles en el hecho, y en el derecho, y q̃ la remitimos al silencio: porque dize mas la admiracion, que la ponderacion. Num. 97.

Señor, dixo el I.C. Iaboleno, que las mentiras han de parecer verdades, porque si no tienen este pretexto, no avrà quien las crea, *text. in l. si is 15. §. fin. ff. de interrog. act.* ibi: *In tantum autem confessiones ita ratæ sunt, si id quod in confessione venit, & ius, & natura rescipere potest.* Num. 98.

Pues ponderese aora la deposicion de los testigos, que dizen, que Doña Maria de Verastigui dixo: Ya tengo hecho mi testamento; todo lo dexo para vn Patronato en la Casa de la Misericordia, para que de la renta dèl se dèn a mis esclavas, y esclavos tres reales todos los dias a cada vna de renta. Num. 99.

Esto, señor, lo sufre el Derecho, ni lo permite la naturaleza? Permite, ni tolera la sangre, ni el Derecho natural, que teniẽdo la madre dos hijas legitimas menores de 15. años, las exherede, ò omita, y dexe su hazienda para vn Patronato Num. 100.

nato en la Misericordia? para que de la renta se sustenten las mulatas, y esclavas, y que digan los testigos, que sabiendo esto Iuan de la Fuente Almonte estando en Madrid, homologasse, y aprobasse esta sin razon. esta injuria à las hijas, à la ley, al Derecho de la sangre, al Derecho natural, y agravio à los mismos padres? Quien no se irrita contra estas deposiciones?

Num. 101. La naturaleza, señor, podrà dar assenso a tal testificacion? sino que antes, vestida de indignacion, consuma tales deposiciones? Y aun à los testigos, que deponen contra los preceptos de la sangre, y vozes de la naturaleza, que enseña a los brutos, y à los hombres, à criar, y educar sus hijos, como decanta el Derecho *in l.1.§.ius naturale, ff. de Iust. & iur.* ibi: *Hinc liberorum procreatio, hinc educatio*, & Accurs. ibi *verbo Educatio.*

Num. 102. Y por precepto de la naturaleza nos mandan los Derechos Canonico, y Civil, que los padres dexen à los hijos la hazienda, y herencia à los parientes, como decantò nuestro Sevillano san Isidoro *in cap. ius naturale 7. distin. 1.* ibi: *Ius naturale est commune omnium nationum, eoque vbiq; instinctu naturæ non constitutione habetur aliqua, vt viri, & fœminæ coniunctio liberorum subcessio, & puerorum educatio.* Sin que aya ley, ni ordenança escrita, dize el Santo, que està obligado el padre, y la madre à dexar la herencia a sus hijos, porque esto es efecto de la naturaleza: *Hinc liberorum successio, & puerorum educatio.*

Num. 103. Lo mismo enseñò la luz de la Iurisprudencia Papin. *in l. scripto 6. § fin ff. vnde lib.* ibi: *Liberos naturæ, simul & parentum commune votum*, que a los hijos por dos vinculos se les deve la hazienda de los padres.

Num. 104. A los quales constituyeron en esta obligacion los Emperadores Arc. y Hon. en el rescripto que embiaron a España à su Virrey, ò Vicario Patronio, *in l. fin. C. quor. bon.* diziendo: *Hunc prudentium omnium responsa, & lex ipsa naturæ subcessores eos faciant.* Fundan su derecho los hijos

en

en la misma naturaleza, y tienen por abogados los impulsos de la sangre: y estriva su razon en el consentimiento comun de las gentes.

Y contra este fuero de naturaleza, esta doctrina del Sãto canonizada por ley, y contra principio de los II. CC. y rescripto de los Emper. ay quien se atreva a deponer, que vna madre olvidò a sus hijas, que assistian à los obsequios que las hijas hazen, y deven en la enfermedad de su madre? Ay testigo que se atreva à deponer, que teniendo la madre hijas, las olvida por fundar vn Patronato para sus esclavas? Y esto porque no tiene de contado el castigo? Num. 106.

Gran campo se descubre para escrivir contra los testigos, mas es materia comun, y nadie avrà que dude, que ni a todos, ni a vno se deve dar credito; porque la probança falsificada en vn articulo, se entiẽde estar falsificada en topa, como el testigo, que siendo en vn articulo falso, censetur in omnibus alijs falsus, Petrus Surdus *decis.* 16. *n.* 4. Fontan. *de pact. claus.* 4 *glos* 21. *part.* 1. *n.* 74 *fol. mihi* 527. Num. 107.

Pero ay especialidad en los esclavos, ò libertos, que por su infima naturaleza no los admitiò el Derecho, *leg. quoniã liberi.* 11. *C de testibus.* Y fue documento en nuestro Sevillano el Emp. Adriano, en el rescripto que embiò al Pro-Consul de Macedonia, relato in leg. 3. §. leg. Iulia, ff. de test. ibi: *Alij propter notam, & infamiam admittendi non sunt.* Y por ser interesados, no se admitẽ otros, y estân excluidos de testificar, l. omnibus 10. C. codẽ, l. nullus 10. ff. de testib. Num. 108.

Y porque *inverisimilia* deponens non est audiendus, como tampoco el que depone contra la presumpcion de la naturaleza, como si depusiera patrem filium suum occidisse dolo, que a esta deposicion no se dà credito, vt notat Farin. *de testib. quæst.* 65. *num.* 144 & *seqq.* Y es principio del arte, que el Iuez ha de dar credito a aquella probanca que fuere mas verosimil, *text. in leg. ò carmen* 21. *ff. de text.* ibi: *Et quæ rei aptiora, & verò proximiora esse cõpererit.* Y dixo mas: *Naturæ negotij convenit.* Num. 109

Num. 110. Verdaderamente, señor, que se avia de practicar con inviolable observancia la glos. del texto en la auth. de hered. & falcid. §. si verò adsunt, verbo *substantia*, littera I, que para q̃ vn testigo sea bueno en causas civiles, ha de tener que perder tanto quanto importa la causa, sobre que testifica; para que pague el interesse si fuere falso. ibi: *Vt habeant tantùm quantum id super, quod potést esse quæstio*, glossa que ponderò Hypol. de Mars. *cons. 28. nu. 21. lib. 1.*

Num. 111. Y es cierto, y legal, que el testigo q̃ depone cosa impossible de Derecho, nò solo no es bueno, sino que ès falso. Hypol. de Mars. *cons. 20. num. 60. & cons. 31. num. 27.* De la suerte que tampoco prueban quando deponen de cosa *inverosimil.* Hipol. *ipse in cons. 32. & cons. 49. num. 34.* & passim per eum, & etiam per Farin. *de test. quæst. 65. n.* 184.

Num. 112. Es tan evidente en el hecho ser impossible lo que deponen los testigos, que ni Doña Maria de Verastigui hizo testamentos despues que marido, y muger fundaron el Mayorazgo, ni tampoco hizo ausencia Iuan de la Fuente Almonte; porque quando estuvo en Madrid, fue por el año de quarenta, y el Mayorazgo lo fundaron a principios de quarenta y tres. Memorial num. 5.

Num. 113. Tambien he visto vn papel que tiene por inscripcion: *Respuesta por la Casa de la Misericordia al papel de Don Francisco Domonte y Robledo, &c.* y se reduce a dos articulos.

Num. 114. El vno es, que Don Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastigui su muger, pudieron disponer la fundacion del Mayorazgo con la reserva que hizieron, y de que vsò Iuan de la Fuente Almonte, sin que ninguno dellos tuviesse obligacion de llamar a sus deudos.

Num. 115. Dize pues, la otra parte en dicho papel nu. 6. que truncamos las clausulas, pero no lo podrà fundar: pero en este se mostrarà con evidencia, que la otra parte peca en este delito, pues en el num. 7. refiere la suplica que los Fundadores hazen a su Magestad, de que en ella se haze relacion

num. 6. ibi: *Fundar Mayorazgo en Doña Maria Feliciana vuestra hija vnica, y en sus hijos, y descendientes: y a falta dellos, en la persona, ò personas, deudos vuestros, ò estraños.*

Luego en el num. 7. dize la otra parte estas palabras: A esta suplica corresponde la facultad con las palabras mas amplias, y de mayor eficacia en la libertad de la disposiciõ; dize su Magestad: *Con los vinculos, firmezas, y gravamenes, reglas, modos, y substituciones que quisieredes.* Num. 116.

Ay tal dissonancia? esto avia de dezir vna Cedula Real? si la suplica fue, quereis hazer Mayorazgo en Doña Maria Feliciana vuestra hija vnica, y en sus hijos, y descendientes: y a falta dellos, deudos vuestros, ò estraños, la respuesta, ò el decreto avia de ser el que fue, y el que diò, y lo que decretò su Magestad, diziendo assi: *Lo he tenido por bien, y os doy facultad para que podais hazer, è instituyr, y dexar, y traspassar los dichos bienes, por via, y titulo de Mayorazgo en la dicha Doña Maria Feliciana Domonte vuestra hija vnica, y en sus descendientes: y a falta suya, en otras personas, deudos vuestros, ò estraños.* Num. 117.

Esto es lo que su Magestad decretò, concediò, y mandò: y esto es referir fielmente las clausulas; lo que la otra parte haze, es truncarlas, y hazer agravio à la verdad, y acusar de dissonancia à lo escrito. Num. 118.

Para responder a nuestra conclusion referida en nuestro primero informe à num. 158. En el segundo à nu. 180. Y en este suprà num. videlicèt: *Que no pudieron los Fundadores llamar al vinculo a ninguna persona estraña, ni obra pia, sino que devieron precisamente llamar a sus parientes mas cercanos.* Num. 119.

Gasta la otra parte muchos numeros desde el once en adelante, y todo se viene a reducir en hazer diferencia entre facultad de ley, y facultad de Rey; porque la vna obliga a guardar sus llamamientos: y la otra no obliga; antes cõcede facultad para extraviarlos. Num. 120.

Sed

Num. 121. Sed inanis est labor. Porque lo que hemos dicho es, que si se hizo con facultad legal, se han de guardar sus llamamientos: y si se hizo con facultad Real, se han de guardar tambien los llamamientos della. La facultad deste pleyto tiene vna especialidad particular, que es dezir los Fundadores en la suplica, q̃ se les haga merced desta facultad, para hazer Mayorazgo *en favor de nuestra hija vnica, y sus hijos, y descendiẽtes: y a falta dellos, en las personas que nombraremos, deudos nuestros, ò estraños.* Para esto pidieron facultad, y para esto se les concediò, correspondiendo la licencia del Rey al pedimento, como dize el R. P. que se deve hazer cap. inter dilectos de fide instrum. ibi: Secundum formam petitionis, diziendo su Magestad: *Podais hazer el dicho Mayorazgo en la dicha Doña Maria Feliciana vuestra hija vnica, y entre sus descendientes: y a falta suya, en otras personas, deudos vuestros, ò estraños.*

Num. 122. Y vsando desta facultad, comission, y mandato Real, devieron los Fundadores guardarlo, y observarlo, con la diligencia que en sus preceptos pone Paulo, *in leg. diligenter 5. ff. mandati.* Y aun esto mismo resolvio el señor Molina citado de contrario.

Num. 123. Pero todo esto quid ad rem? porque para que es la question del señor Molina, ni el pleito de Valladolid, ni la interpretacion sobre si el que vsa de facultad Real tiene obligacion a guardar la forma de la ley de Toro? Porque alli avia llamamientos de estraños, y no avia clausulas de libertad, ni clausula tampoco en que obligasse a llamar parientes.

Num. 124. Y era la question sobre anular el llamamiento que el Fundador avia hecho en estraños, omitiendo los parientes.

Num. 125. Todo lo contrario es en este pleito, donde la licencia se pidiò para llamar a *sus deudos a falta de su hija, y descendientes.* Y donde la licencia dize, que puedan llamar sus deudos, ò estraños a falta de hija, y sus descendientes. Y

vl-

vltimamente estamos en vn caso adonde los Fundadores no llamaron a nadie, sino que dixeron, que reservavan en si el hazer el llamamiento, y no lo hizieron: Es de ver aora si llama la sangre, y si el Derecho tiene dispuesto, que en semejante lance suceda el pariente mas cercano; y esto lo tenemos probado en nuestro primero inf. à nu. 85. & 94. Y en el segundo à n. 180. Y en este sup. nu. 71. & 79. donde se provô, que los latidos de la sangre son patronos de Don Diego Domonte, y que no ha menester mas Derecho q̃ el natural, ni mas Abogado que la fuerça de la razon, ni mas solicitador que la causa publica.

Dize la otra parte num. 13. que es assi, que se ha de guardar el orden de la letra, *vt in leg. cum pater 79. §. à te peto marite, de legat. 2. l. hæredes mei 57. §. fin. ff. ad Trebell.* & alijs, de quibus nos fusiùs en nuestro primero informe à num. Y en el segundo num. Num. 126.

Pero que se desembaraça desta conclusion, respondiẽdo, que los textos hablan en voluntadad perfecta, y no conjecturable, como en este pleito: aceptamos la confession de la conclusiõ, scilicet, *Que se ha de guardar el orden de la letra.* Y provemos aora, q̃ fue voluntad perfecta, y no conjecturable: pues perfecto es aquello en que no resta nada que hazer: y conjecturable lo que puede ser, y no ser; ambas cosas prueba Venuleyo *in l. continuus 137. §. cum ita, ff de verb. oblig.* ibi: *Quia in eo quidem tempore, atque facto, quod finitum est, nullus est coniecturæ locus*, & ibi glos. verbo *nullus*: pues in rebus certis, & terminatis, no puede aver conjecturas, *l. 1. ff. de reb. dubijs*, Petrus Surdus *cons. 426. num. 27.* Vease si puede ser mas perfecta la disposicion, que dezir los Fundadores, que se les dè licencia para hazer vn Mayorazgo en su hija: y a falta della, y sus descendientes, *en sus deudos, ò estraños*, y corresponder la licencia a este pedimento, diziẽdo: Que se haga norabuena el Mayorazgo en la hija, descendientes: y a falta suya, en *sus deudos, ò estraños*. Y ni tuvieron los Fundadores Num. 127.

mas que pedir en razon de la perfeccion de su voluntad, ni el Rey mas que conceder, segun el pedimento.

Num. 128. Dize mas, que donde potest cadere ordo affectionis, se ha de guardar el orden de la letra, y que si no, no. Y si la clausula deudos vuestros, ò estraños, se mira respeto de los Fundadores, en ellos se halla afeccion, quando dizen: *Y a falta de ellos en las personas que quisieremos, deudos nuestros, ò estraños.*

Num. 129. Si se mira respeto de la facultad, ibi: Y a falta dellos en las personas que quisieredes, *deudos vuestros, ò estraños*, tambien se ha de guardar el orden de la letra. Y quando resulta *absurdus intellectus* de no guardarla, ò quando la sujeta materia por su naturaleza, no se puede explicar, ni substentar, sino es guardando el dicho orden literal, se ha de guardar, *text. in l. quoties 41. ff. de vsuf. l. qui duos 20. l. legatum 68. ff. de legat. 1. l. cum ita 33. §. fin. ff. de legat. 2.* Castanate *cons. 45. n. 97. & cons. 47. nu. 35.* O quando es la materia individua, como el Mayorazgo, vt considerat Castillo *lib. 4 cap. 51. num. 24 in fin.*

Num. 130. Pero la question principal deste pleyto es, que dos hizieron vn Mayorazgo perpetuo para su hija vnica, y descendientes, y para quien ellos quisieren llamar *deudos suyos, ò estraños*, murieron sin llamar. Y en este caso dize Don Diego Domonte, que estàn llamados los parientes: y èl como mas cercano viznieto de dos hermanos de ambos Fundadores; lo qual provò en el primer informe à nu. 85. y se comprueba con doctrina del señor Molina *lib. 1. c. 4. num. 13. & ibi Addit.* Y el señor Don Iuan del Castillo *tom. 6. cap. 143. §. 1. num. 2 y 3.*

Num. 131. Porque para que no estèn llamados los parientes, eo ipso, que el Fundador dixo Mayorazgo. Y para que estèn excluydos, es necessario, que preceda llamamiento traxativo, y *exclusion expressa*: y no aviendo lo vno, ni lo otro, ex vi ipsa *Maioratus*, estàn llamados todos los parientes: claramente lo prueva el señor Don Ioseph Vela *decis. 49.*

num.

*num.*38.*tom.*2.ibi: *Sufficit quod quis maioratum, se instituere dicat, sive regia vsus facultate, sive legali tantum, aut quod certas familiæ personas non taxativè, sed simpliciter ad eum vocet, & si nihil aliud exprimat, quo illis deficientibus, cæteros cognatos familiæ, in perpetuum succedere significet, aut quod filiorum dumtaxat, non etiam descendentiũ nomine vtatur; id enim omnes sub simplici maioratus vocabulo, iuxta eius naturam perpetuam, vi ipsa comprehenditur.* Y es doctrina de muchos.

Y fue doctrina de Ant.Góm.*in l.*40.*Taur. n.*59. *& in* Num. 132. *vers. Tertio facit*, ibi: *Ex quibus noviter, & singulariter infero, quòd si pater, vel descendens, vel constituens maioratum vocavit filium maiorem, & dixit, quòd bona essent indivisibilia, & inalienabilia, dato caso, quòd alias personas, vel descendentes successeret, non nominaret, non finietur maioratus, vel vinculum in persona filij maioris nominati, & in perpetuò transibit ad omnes successores in infinitum, præferendo semper primogenitum alteri, & proximiorem in gradu alteri.*

Y es de singular ponderacion la doctrina del señor Num. 133. Greg.Lop.*in l.*2.*tit.*15.*p.*2.*verbo maioria, q,*1. *circa med.* donde dize, que basta dezir mayorazgo, aunque no diga perpetuo: porque el que dispone se conforma con el vso, y costumbre de la tierra, y en España los mayorazgos son perpetuos, ibi: *Vnde sufficeret, vt bona vincularentur inter descendentes alicuius iure maioriæ; & si non diceretur perpetuò cum verba testatoris, vel alterius disponentis, intelligi debeant secundùm consuetudinem, vel statutum loci in quo disponitur, notat Bart.* y en nuestro primero informe num.149.

Y es doctrina que calificò el señor Covarr. *lib.* 3. *var.* Num. 134. *cap.*5.*n.*2. y en el vers. *Hanc denique* estimò mucho aver tenido este sentir: porque dize, que despues de su primera y segunda impression, hallò que la avian seguido grandes Maestros, como son Peralta, Burgos de Paz en el proœm.

de

de las leyes de Tor.n.38.y Manuel de Acost..en la ley mental de Portugal, y el ilustre Ant.de Padilla en la rubr. de fideicom.n.11.y Tello Fern.en la l.22.de Tor.n.15. Y despues en los libros adicionados se hallan al señor Molina, Pelaez, y Greg. Lop. y el señor D.Ioseph Vela cita vbi sup. veinte y quatro Autores que refiere.

Num. 135. Y no es de olvidar el sentir de Noguerol *alleg. 9. n.* 14. y 15. que siguiendo a otros, y al señor Castill. dize asi. *Vbi loquitur de individuo in individuo, in nostro casu, quando fuit maioratus institutus in descendentes absque alijs substitutionibus, & resolvit maioratum esse perpetuum in tota familia etiam finitis descendentibus*: & etiam *num.* 59. Y aun dixo mas en la *alleg.* 25. *nu.* 104. que serà disposicion perpetua, aunque no se diga *maioratus*, porque bastarà que se digan palabras equivalentes.

Num. 136. De que se infiere satisfacion à lo que la parte contraria dize, que fue disposicion limitada: y à lo que tambien dize, que si fue perpetua, tuvo Iuan de la Fuente Almonte facultad de nombrar: y hemos dicho, que esto es lo que no pudo hazer, ni tuvo tal facultad de nombrar, como tenemos probado en el primero informe à num. 57. y en el segundo à num. 95. y en este à num. 22.

Num. 137. Haze la otra parte segundo articulo desde el n. 29. y es tanta la fuerça de la verdad, que confiessa ser cierto lo que diximos en nuestro primero informe num. 19. y en el segundo a num. 143. videlicet, *que el mayorazgo es perpetuo, y Real*, ex leg. peto 69. §. fratrum, ff de leg. 2. porque dize la otra parte, que entonces es Real, quando se dà por causa *ne domus alienetur*, sed vt in familia relinqueretur, Esto dize la otra parte, y esto dizen los fundadores, pues en el proemio de su disposicion dizen, ibi: *Que los bienes se gastan, y consumen, y acaban en poco tiempo, y que las haziendas, y patrimonios vnidos, y vinculados por via de mayorazgo, &c.* Et ibi: *Con que ademas de continuarse la memoria de los fundadores, &c.* Et ibi: *Tienen mas como-*

modidad para servir à Dios nuestro Señor, y à sus Reyes, y Principes.

Vea aora la otra parte, como puede negar la perpetuidad del vinculo, *y mayorazgo* sea el nombramiento general a todos, ò a algunos, como confiessa la otra parte n. 30, *ex leg. cum ita legatum* 32. §. *fin. ff. de legatis* 2. con los lugares del señor Molin. y en que fundamos nuestro intento en nuestro primero informe, y dize, que si es assi, que està esta parte lleno de justicia. Admito la confession. Num. 138.

Pero lo quiere diferenciar diziendo, que reservaron en si los fundadores la disposicion del mayorazgo, y de sus bienes, en el caso de faltar la hija, y sus descendientes: Esto no quita, dize, la perpetuidad del mayorazgo en ellos. Hasta aqui la parte contraria. Num. 139.

Y buelve otra vez a insistir diziendo, que las mercedes Enriqueñas no passan a los colaterales, y de aì infiere, que tampoco este mayorazgo.

Es cosa de admirable reparo, que se quiera parificar vna cosa con otra, siendo entre si tan distintas, imò, contrarias, y assi, *ad disparatis non fit illatio*, l. vlt. in fin. ff. de calumniat. l. inter stipulantem 32. §. sacram, ff. de verbor. oblig. ibi: *Sed hæc dissimilia sunt.* Porque la mente de la ley Enriqueña, y del señor Rey D. Enrique que la promulgò, fue que no passasse la merced a los colaterales: porque si assi no fuera, y en España se huviera entendido desta suerte, fuera impossible el regresso a la Corona Real; segũ es doctrina del señor Molin, *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 23. Y es hermosissima la adicion al señor Molina en este lugar. Flores de Men. *lib.* 1. *var. q.* 19. §. 2. *n.* 20. y el señor Castill. *lib.* 5. *cap.* 89. *n.* 79. *in fin.* Porque nunca llegara a suceder la Corona en los bienes donados, pues a nadie le ha faltado pariente, ni se ha visto en execucion la *l. qui solidum* 80. §. *qui prædium. ff. de legat.* 2. Num. 140.

No es assi en este pleito, pues en èl no se halla voluntad de los fundadores de que passe el mayorazgo en su Num. 141.

 hija,

hija, y sus descendientes, antes se halla voluntad contraria, videlicet, de que passasse adelante el mayorazgo despues de la hija, y descendientes, a otros, pues dixeron, que fundavan *en Doña Maria Feliciana Domente y Verastigui nuestra hija legitima, y vnica, y en sus hijos, y descendientes, y las demas personas que llamaremos à la sucession dèl.* Et iterum buelve à repetir, ibi: *Y à falta de la dicha Doña Maria Feliciana, la persona, ò personas, &c.* memor. n. 5. no quisieron que parara, y se acabara el mayorazgo en la hija, y descendientes: y assi todo lo que de contrario se funda, es sobre presupuesto incierto, y variada la especie del pleito.

Num. 142. Siguese en los numeros siguientes vna cosa bien frivola, pues pretende, que la perpetuidad se entienda en las personas llamadas, y nombradas, y dize, que estas fueron la hija, y descendientes, y deve advertir, que tambien fueron llamadas, y nombradas, *la persona, ò personas, obras pias, y Patronazgos que nombraren.* Y quando no lo fueran, por lo menos en fuerça de la palabra *maioratus*, no acaba en el vltimo nombrado, sino en el vltimo de la familia, como enseñan los Adic. del señor Mol. *lib.* 1. *cap* 4. *nu.* 1. ibi: *Sed vlterius nota, quòd cum verbum maioratus omnes de familia comprehendat, ex Authore ipso num.* 13. *vltimus censetur is, qui ex familia supererit, non verò qui vltimus nominatus in scriptura moioratus fuerit, vt explicat Author infra num.* 23. Y assi llamados estàn al mayorazgo la persona, ò personas q̃ los fundadores avian de nombrar: pero si no nombraron, los nombra el Derecho positivo, y el Derecho natural, y el Derecho de la sangre, sin mas Patrono que sus mismos latidos, y que todos los hombres del mundo no la desprecien, y los fundadores las estimaron tanto, que quisieron que el posseedor tuviera su nombre, y apellido, y sus parientes tuvieran con que servir *a Dios nuestro Señor, y à sus Reyes, y Principes.*

Num. 143. A esto se junta la comprobacion del Derecho, que en di-

dizIendo Mayorazgo està llamado todo el linage, D. Molin. *lib.* 1 *cap.* 4. *n.* 13 *& num.* 14. ibi: *Maioratum instituens censendus est facere omnes substitutiones ad ipsam perpetuitatem inducendam necessario*, & ibi Addit. D. Castillo *tom* 6. *cap.* 143. §. *vnic. n.* 2. *y* 3. el señor D. Ioseph Vela *dec.* 49. *n.* 38. *tom.* 2. *& sup. à num.* 129.

Dize en el num. 46. que quando dos tienen facultad de hazer vna cosa, ò eligir, que muerto vno lo puede hazer el otro, no es muy llana la proposicion, como se vè del señor Castillo *cap.* 120. *n.* 1. y el *cap. fin.* §. *sanè*, *de testam. in* 6. ni las *leyes* 38. *de Toro*, y la 6. *tit.* 10. *p.* 6. porque hablã en materias de albaceas, y comissiones testamentarias, y no hablan, ni pueden hablar en el caso deste pleito, donde es materia de contrato, y solo se ha de estar a la letra dèl, *l quidquid adstringendæ* 99. *ff. de verbor. oblig.* Num. 144.

Sed quid ad rem inquiro? Que tiene que ver este caso del §. sanè, y leyes citadas? porque en ellas no ay disposicion contraria, *hoc est*, no se dize en estos textos, que no lo pueda hazer el vno sin otro, como lo dize la disposicion de nuestro pleito, ibi: *Ambos à dos juntos, y no el vno sin el otro, porque muerto qualquiera de nosotros, el que quedare no ha de poder vsar della en manera alguna*, memorial n. 11 fol. 7. Mal pues aplica la otra parte aquellos textos a hecho contrario, ni reglas generales, a disposiciõ particular. Num. 145.

Pretende probar en el num 47. hasta el 50. que ay diferencia entre las dos clausulas, diziendo, que la primera mirà a limitar los llamamientos, y que parasse la sucession en la hija, reservando la disposicion de los bienes en caso que ella, ò su sucession faltasse. Num. 146.

Y en la segunda dize, que en perjuizio de la misma hija, y de sus descendientes, reservan el disponer, gravando, y quitando, y reformando la fundacion. Hasta aqui son palabras de la otra parte, y luego en el num. 49. dize: Imò, la resolucion tomada para en caso de faltar la hija, y sus des-

descendientes,no puede embaraçar la segunda reserva del vsufructo, y en ella se ha de poder revocar la fundacion, &c.

Num. 147. Pero quisiera que la otra parte me mostràra en què està la diferencia,y en què funda que fue limitada la disposicion,pues todo lo contrario consta de la fundacion, y que fue perpetua. Memorial num. 7. ibi: Y a falta de la dicha Doña Maria Feliciana,*queremos,y es nuestra voluntad,q̃ suceda en este mayorazgo,y en sus bienes,y rentas,la persona,ò personas,obras pias,ò Patronazgo que nombraremos.* Adonde està la limitacion? adonde la voluntad, que pare en la hija, si por su falta ay mayorazgo? ibi: *Suceda en este mayorazgo:*inquiro, si despues de la hija, y descendientes ha de aver *mayorazgo, y persona que suceda,* como puede ser limitado à la hija?

Num. 148. Rursus, en que està la diferencia? pues en la primera clausula, y reserva miran à las personas, y à los bienes, ibi: *En nuestros testamentos,ò testamento,ò por escriptura,ò escripturas aparte.*

En la segunda tiene lo mismo,ibi:

Assi en nuestras vidas, como en el articulo de la muerte,ò en qualquiera disposicion que nos pareciere.

En la primera està la palabra *mayorazgo*, ibi: *Que suceda en este mayorazgo,y sus bienes.*

Y en la segunda lo mismo,in principio, ibi:

Deste mayorazgo, y sus bienes, & ibi: *Este dicho mayorazgo.*

La primera clausula tiene estas palabras: *Con las divisiones,llamamientos,substituciones,vinculos.*

La segunda tiene lo mismo,ibi:

Gravar,ò no à la dicha Doña Feliciana,y à las demàs personas,y successores.

La primera dize assi:*Revocando,y alterando lo que en el caso referido,vna vez,ò mas hizieremos, disponiendo, y ordenando nuevamente lo que quisieremos.*

La

La segunda tiene lo mismo, ibi:

Quitar, y reformar esta fundacion, ò bolverla a hazer de nuevo.

En la primera clausula ay estas palabras: *Vna, y mas vezes;* y otras ibi: *Vna vez, ò mas hizieremos.*

En la segunda las mismas palabras:

Ibi: *Lo qual avemos de poder hazer vna, y muchas vezes.*

De manera, que la primera, y segunda clausula son vna misma cosa, vnas mismas palabras, vn mismo sentido, è intencion.

En lo que ay contrariedad, es en la vltima oracion de ambas; porque en la primera es la letra: *Disponiendolo ambos juntos, como qualquiera de nosotros.* Num. 149.

En la segunda todo lo contrario.

Ibi: *Y toda esta dicha facultad, y reserva la hemos de tener ambos juntos, y no el vno sin el otro, porque muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare, no ha de poder vsar della en manera alguna.*

Vea aora la otra parte, como puede aver diferencia entre estas dos clausulas, sino es que ambas son vna misma cosa; y ambas se reducen a que vn Fundador sin otro no pueda alterar la disposicion. Num. 150.

Y quando huviera alguna dificultad, ò diferencia (que no la ay) se ha de governar la materia por esta segũda clausula, que encierra, y deroga à la primera, *text. expres. in leg. vtrum 26, ff. de pet. hared.* ibi: *Et puto sequentem clausulã Senatus Consulti sequendam, & si hac sit ambigua, l. vxorem 39. text. in l. quin filiatus 17. ff. de legat. 1. & nos fusius.* En nuestro primero informe à nu. 136. Y en el segundo à num. 152. & comprobat Simon de Pret. *lib. 2. de interpret. vlt. volunt. interpret. 1. dub. 1. solut. 1. nu. 4. fol. mihi 131.* Num. 15

Y es cosa cierta, que secunda pars testamenti declarat priorem, *tex. notab. in l. quamvis 15. C. de fideicom. docet ipse* Pretis *lib. 2. interpret. 2. solut. 3, nu. 65. & seqq.* Iuan Gu- Num. 152.

tierrez *conf.4 num.4.* Ludov. Castan. *cons.17.nu.1.& seqq. & num.25.& cons.47. nu.36.* Porque en caso de duda, la vltima clausula explica la primera, y la viste de su naturaleza, *text.expressus in l. si cum fundum 125.de verb. signific.* Card. Mant. *de coniectur.vlt.volunt.lib.6 tit.13.num.4* D. Larrea *dec.60.num.9.* Melch. Febo *decis.39. num.7.* Simon Vaez, & Barbos. *principia iur.litt.P.nu.32. vers. posteriora prioribus derogant.*

Num. 153. En el n.57. cõfiessa la otra parte vna cosa cierta: y es, q̃ este pleyto no es de vltimas voluntades, sino de cumplimiento de contrato. Y dize, que se ha de guardar, y q̃ guardò el contrato Iuan de la Fuente Almonte, nombrando successor, y haziendo divisiones, que es la potestad que cõtiene la primera reserva.

Num. 154. Estimamosle mucho que nos aya confessado esta verdad, de que este pleyto es sobre la observancia de vn contrato: ergo, no han sido necessarios los discursos de la otra parte, sobre que la mayor interpretacion es la del testador: pues no estamos en materia testamentaria, ni tampoco ha sido necessario el discurso, sobre si quiso hazer testamẽto, fundando Patronato, ni tampoco sobre si fue limitado el mayorazgo, ò no fue; porque si confiessa que es contrato, veamos aora si le guardò.

Num. 155. Y vendremos a confessar que es *mayorazgo perpetuo*, y q̃ a falta de su hija, y sus descendientes reservaron el nõbrar, y q̃ la muger no nombrò, el marido nombrò: y esto es lo que no pudo hazer; porque la segunda clausula corrigiò la primera, ò porque la embeve en si, ò porque *posteriora prioribus derogant*, vt sup. nu.150.

Num. 156. Y como no pudo Iuan de la Fuente revocar todo el mayorazgo, tampoco pudo hazerlo en parte en quanto à los llamamientos, porque fue pacto entre los dos, q̃ muerto el vno, quedasse firme el mayorazgo, ibi: *Porque muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare no ha de poder vsar della en manera alguna.* Memor. num.11.

L Con-

Conformandose los fundadores en esto con la disposicion de Derecho, y doctrina de los Autores que enseñan, que quando marido, y muger fundan vn mayorazgo, en muriendo el vno, no puede el que queda revocarlo, ni alterarlo, Mier. *de maiorat. 1. p. quæst. 28. n.* 18. *& nos affluëter.* En el primero informe num. 99. Bologni *cons. 62. colum.* 4. Celsus *cons. 117. num.* 4 *& seqq.* Cephal. *cons.* 336. *lib. 3. num. 18. expressissimè* Roland. à Vall *cons. 10. num. 41. volum.* 3. Andres Tiraquell. *in tractatu de primogen. quæst. 8. num. 7.* Y aun mas dixo Cephalo *cons. 12. nu. 34. & n. 35. lib.* 1. Y el mismo Roland. à Vall. *dicto cons. 10. in fin.* que: *Quod si vir, & vxor Principis authoritate maioratum constituerunt in omnibus, aut certis bonis suis, quod vnus sine altero revocare non potest.* Num. 157.

Representa la otra parte, que Iuan de la Fuente Almōte hizo de quatro juros (los tres contenidos en el mayorazgo) dos vinculos para los padres de D. Diego, que litiga: porque si pudo enagenar los bienes del mayorazgo, ò no, no es del caso deste pleito: que los hizo voluntariamente en favor de sus sobrinos, y por causa de matrimonio, es cierto, y tambien lo es, que fue contrato, y donaciō entre vivos, aunque dixo, que estos mayorazgos tenia fundados en su testamento, pues *Promissio facta in vita, licet implementum rescipiat tempore mortis, & in testamento non tamen iudicatur vltima voluntas, nec ad id tempus refertur, sed ad promissionem præcedentem,* como es enseñança de Bart. *in l. illa institutiones 71. ff. de hæred. inst. & in cons. 212. incipit Promitto tibi:* optimè Cancer. *lib. 1. var. cap. 8. n. 167.* quem sequitur Marius Cutellus *de donat. contemp. matrim. tom. 2. discurs. 1. speciale 17. n. 35.* Y esto procede sin escrupulo alguno, atendiendo, que las donaciones destos quatro juros hechos dos vinculos, fue el año de 55. y doze años despues fue el testamento: y asi no se puede hazer argumento del testamento posterior, al contrato anterior, pues no se ha de atender a lo que despues Num. 158.

pues se hizo, sino al origen que tuvo, que fue el pacto matrimonial entre donãte, y donatarios, *l. si hæredes 5. ff. de act. empt.* Demas, que la relacion del testamento fue à explicar los llamamientos en la sucesion de los dos mayorazgos.

Num. 159. Como este pleito està tan destituido de fundamento, que sufrague à la Casa de la Misericordia, lo ha ofuscado con diferentes medios, por los quales ha pretendido inducir a su proposito la voluntad de los fundadores, explicada en contrato, como si fuera disposicion testamentaria, y dize, que Doña Maria de Verastigui fue muger en primeras nupcias de Christoval de Barrionuevo, que este fundò vn Patronato del quinto de sus bienes, y dize, que fue *Grande*: que entrò en poder de Doña Maria de Verastigui, y que en execucion de la voluntad de su primero marido, y satisfacion de su obligacion, fundò el Patronato q̃ pretende.

Num. 160. Fue convencida la Casa de la Misericordia en esta alegacion instrumentalmente, pues hecha la particion de Christoval de Barrionuevo, entre su Albacea, y su hijo, y la dicha Doña Maria de Verastigui, con citacion de la Casa de la Misericordia, dixo aceptasse el Patronato, y viendo que era de poca vtilidad, porque el remanente fue poco, no quiso aceptarlo, y por Cabildo, y acuerdo especial, lo renunciò, y de sus libros se sacò testimonio, y se puso en el pleito. Consta en el memor. num. 39. vers. *En este punto*, fol. 27.

Num. 161. Y si con esta evidencia se satisfizo a esta alegacion, con la misma se halla satisfecha la probança, que ha pretendido hazer en esta instancia, donde dizen los esclavos, y criadas, que teniendo Doña Maria dos hijas, hizo vn Pattonato para la Casa de la Misericordia, con renta para las esclavas.

Num. 162. Y desta calidad es el poder que presenta la otra parte Memor. num. 5. fol. 35. que se dieron los fundadores vno à

otro